



PROVAS ILÍCITAS¹

ILLICIT EVIDENCE

*Leonardo Greco*²

RESUMO: A reconstituição dos fatos por meio das provas, requisito essencial de efetividade da tutela jurisdicional de direito (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal), deve ser a mais próxima possível da realidade da vida. No entanto, existem valores constitucionais mais relevantes que impõem limites à busca da verdade, justificando a inadmissibilidade das provas ilícitas (inciso LVI do artigo 5º da Constituição da República). Nesse norte, utilizando-se essencialmente o método de revisão bibliográfica, o objetivo do presente texto é abordar o tema das provas ilícitas, apresentando diretrizes para a admissibilidade ou não da prova à luz da primazia dos direitos fundamentais, por meio de um juízo de ponderação entre a proibição da prova ilícita e a tutela de algum direito fundamental mais relevante do ponto de vista humano ou interesse público, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Ao final, é apresentado um convite à aplicação das diretrizes sugeridas na resolução de incontáveis situações de aferição da admissibilidade de provas envolvendo colisão de direitos fundamentais, bem como ao aperfeiçoamento do tema pelos estudiosos da ciência processual mediante a rediscussão da sistemática relativa à prova ilícita.

PALAVRAS-CHAVE: Provas ilícitas; proibição; direitos fundamentais; ponderação de interesses.

ABSTRACT: The reconstitution of facts through evidence, an essential requirement for the effectiveness of judicial protection of law (art. 5o, XXXV, of the Federal Constitution), should be as close as possible to the reality of life. Nevertheless, there are more relevant constitutional values that impose limits on the search for the truth, justifying the

¹ Artigo recebido em 04/04/2022, sob dispensa de revisão.

² Professor titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Rio de Janeiro/RJ, Brasil. E-mail: grecoleo@terra.com.br



inadmissibility of illegal evidence (section LVI of article 5 of the Constitution of the Brazilian Republic). In this direction, essentially using the bibliographic review method, the objective of the present text is to address the theme of illegal evidence, presenting guidelines for the admissibility of the evidence in the light of the primacy of fundamental rights, through a balance between the prohibition of illegal evidence and the protection of some fundamental right that is more relevant from a human point of view or public interest, with the application of the principle of proportionality. At the end, an invitation is presented to the application of the guidelines suggested in the resolution of countless situations of the admissibility of evidence involving collision of fundamental rights, as well as the improvement of the subject by the scholars of procedural law, through the re-discussion of the system related to illegal evidence.

KEYWORDS: Illicit evidence; prohibition; fundamental rights, balancing of interests

1. PRIMAZIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

É praticamente inquestionável que o Estado de Direito Contemporâneo se assenta no primado dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos. A eficácia direta e concreta desses direitos impõe-se ao respeito de todas as autoridades públicas e de todos os cidadãos, independentemente da sua regulamentação por legislação específica. Essa eficácia alcança tanto o plano do direito material quanto do direito processual em razão da unitariedade do ordenamento jurídico.

Entretanto, apesar do relevo desses direitos e do mais elevado reconhecimento que todos os cidadãos lhes devam, com frequência entram eles em conflito uns com os outros. Há muito tempo, antes mesmo da emergência do Estado de Direito Contemporâneo, que no Brasil se deu com o advento da Constituição de 1988, o Direito Penal já se debruçara sobre essas situações, regulando-as por meio de institutos amplamente conhecidos como o estado de necessidade, a legítima defesa e a inexigibilidade de conduta diversa que, ao fim e ao cabo, mandam que o juiz coloque na balança os direitos em choque, daí extraíndo a prevalência de um direito sobre outro, tornando lícita ou impunível a lesão a este último.



Solução análoga igualmente adota o Direito Civil, como se vê no artigo 188 do nosso Código Civil.

A teoria dos direitos fundamentais assentou no chamado princípio da proporcionalidade o método de solução desses conflitos e, assim, por mais claros que sejam os enunciados constitucionais definidores desses direitos, sempre podem ocorrer e ocorrem situações em que o Judiciário deverá decidir qual dos direitos em choque deva prevalecer.

Não conheço outro país, como o Brasil, que tenha incluído no rol dos direitos fundamentais previstos na Constituição a proibição das provas ilícitas. Mesmo assim, em vários deles a questão é considerada matéria de relevância constitucional, que envolve a eficácia de direitos fundamentais como o direito à tutela jurisdicional efetiva e o direito à privacidade ou o direito à integridade física ou moral ou a liberdade religiosa, para dar apenas alguns exemplos.

Muitos desses conflitos poderiam ser evitados, se a lei se detivesse em regular os direitos fundamentais, especialmente aqueles que mais frequentemente suscitam controvérsias, como os direitos da personalidade. Embora recentemente o Brasil tenha elaborado algumas leis nesse campo, como a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.537/2011) e a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), ainda estamos muito longe de uma regulamentação infraconstitucional satisfatória, que nos poupe do risco do arbítrio judicial na ponderação dos interesses em jogo, mais voltada para as circunstâncias do caso concreto do que a valorações mais profundas e de validade e todos os casos semelhantes. Tampouco a exaltação dos precedentes, que se tornou moda ultimamente entre nós, serviu para gerar alguma estabilidade nessa seara.

Quanto à proibição das provas ilícitas, constante do inciso LVI do artigo 5º da Lei Maior, mereceu tratamento legislativo no processo penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008 ao artigo 157 do Código de Processo Penal, mas passou em branco na elaboração do novo Código de Processo Civil, que manteve a anacrônica e pouco consistente referência aos meios de prova “legais ou moralmente legítimos”, na qual alguma doutrina pretendeu encontrar um limite à produção de provas ilícitas.

2. O DIREITO À PROVA.



A exata reconstituição dos fatos é, sem dúvida, requisito essencial de decisões justas³ e da efetividade da tutela jurisdicional de direitos, proclamada como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Para que essa reconstrução seja a mais próxima possível da realidade da vida, as normas que regem a produção das provas no processo judicial devem dar ao juiz a mesma segurança de que desfruta um observador ou investigador da realidade, em qualquer outra área do conhecimento humano.

Conforme bem acentua Jordi Ferrer Beltrán, citando Waldron⁴, em recente estudo sobre os standards de prova, o Estado de Direito exige que nos processos judiciais, em respeito ao devido processo, as partes tenham o direito de apresentar provas em sua defesa, o que também é sustentado por Rawls em sua Teoria da Justiça⁵.

Se não existissem outros direitos fundamentais e se a própria atividade de investigação dos fatos não se sujeitasse a obstáculos práticos de qualquer espécie, como o custo, a demora, e tantos outros, o modelo mais completo e perfeito de acesso à justiça seria aquele em que o juiz e as partes não sofressem quaisquer restrições na busca da verdade. Taruffo, na sua clássica obra, assevera que a busca da verdade é favorecida quando existem poucas regras de exclusão ou melhor – como sustentava Bentham – quando não há nenhuma⁶.

Como já tive oportunidade de acentuar, em todos os tempos, a ideia de Justiça como objeto do Direito sempre esteve axiologicamente ancorada no pressuposto da verdade. Os indivíduos somente se sentem eticamente motivados a conviver sob o império da lei, quando sabem que a justiça vai dar a cada um o que é seu, em conformidade com a verdade⁷. Ferrajoli também qualifica a garantia jurisdicional como o direito a um julgamento conforme a verdade jurídica e fática⁸.

³ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Sui confini: scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 224.

⁴ FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons. 2021. P. 60-62.

⁵ RAWLS, John. *A theory of justice*. Harvard University Press. 1971. P. 238-239.

⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. P. 528.

⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Volume II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. P. 107.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 7ª ed. Roma-Bari: Laterza. 2002. P. 43.



Mas há outros direitos fundamentais, igualmente reconhecidos pela Constituição, que impõem limites à busca da verdade. Um deles é a dignidade humana, proclamada no artigo 1º da nossa Carta Magna. A busca da verdade a todo preço seria absurda, pois poderia justificar comportamentos como a tortura ou outras atrocidades que o atual estágio de desenvolvimento da humanidade não permite mais que sejam toleradas. Aliás, esse limite jurídico é também ético e deve ser respeitado em todos os ramos da ciência. Como afirma Nicolò Trocker, a verdade a qualquer custo não é um cânone do processo penal, nem do processo civil⁹.

Limitações práticas, impostas pela segurança jurídica e pela duração razoável do processo, e limitações impostas por valores humanos particularmente relevantes, como a privacidade, a dignidade humana, e até mesmo o interesse público, como adiante veremos, influenciam a busca da verdade no processo judicial¹⁰.

Por isso, a verdade que o processo deve buscar como exigência do direito de acesso à justiça, não é absoluta, mas, na precisa lição de Michele Taruffo, é a melhor aproximação possível, sobre a base das provas, à realidade empírica dos fatos relevantes para a decisão, que se estabelece quando o enunciado que descreve o fato obteve, com base nos conhecimentos trazidos pelas provas e pelas inferências nelas baseadas, um grau de confirmação lógica prevalecente sobre qualquer outra hipótese, de modo que se torna racional escolhê-lo como descrição verdadeira do referido fato. Um processo em que existam muitas regras de exclusão é um processo no qual não ingressam muitos meios de prova que poderiam ser relevantes para a determinação dos fatos e, portanto, é um processo que limita e obstaculiza, em lugar de favorecer, que se alcance a verdade¹¹.

Até aqui não divergem o processo civil e o processo penal, mas é comum encontrar na doutrina a defesa de que cada um desses ramos do processo tenha o seu próprio regime probatório, especialmente em razão da presunção de inocência e da relevância humanitária da liberdade humana, características da jurisdição penal. São diferenças, a meu ver,

⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè. 1974. P. 620.

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Freedom of proof? El cuestionable debilitamento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. In Jordi Ferrer Beltran e outros, *Estudios sobre la prueba*, ed. UNAM, Mexico, 2006. P. 53-54. No mesmo sentido, v: CABIALE, José Antonio Dias. MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas. 2001. P. 98; CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. P. 63.

¹¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009. P. 526-528.



meramente hipotéticas, porque também no processo civil muitas vezes estão em jogo direitos fundamentais tão ou mais valiosos do que a liberdade de ir e vir. Se o risco de condenação de um inocente influencia a busca da verdade no processo penal, vale atentar para a observação de Muñoz Sabaté, de que o processo penal somente pode terminar com a condenação ou absolvição do acusado, mas não com a condenação ou absolvição do Estado. No processo civil, entretanto, sempre se condena um inocente quando a resolução é injusta e muitas vezes os efeitos dessa condenação são mais infamantes do que os que poderiam derivar de uma sentença penal¹².

Apesar de acreditar que o problema das provas ilícitas é basicamente o mesmo no processo civil e no processo penal, não me animo a aplicar ao processo civil as regras sobre o assunto que a lei de 2008 introduziu no Código de Processo Penal, porque me parecem claramente ditadas pela intenção de esvaziar a proibição tão categoricamente inscrita no texto constitucional.

3. LIMITAÇÕES PROBATÓRIAS E A PROIBIÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS.

Fundado nos ensinamentos de Gian Franco Ricci¹³, incluí a proibição de produção de provas ilícitas no rol das limitações probatórias, assim entendidas todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas necessárias ou úteis à investigação da verdade no processo¹⁴. No direito brasileiro, as provas ilícitas se incluem nas limitações que preservam valores constitucionais, como a privacidade, o segredo de ofício ou o segredo profissional.

No relatório da pesquisa que conduzi na pós-graduação da UERJ antes da minha aposentadoria em 2014, e que se encontra publicado nos volumes 240 a 243 da REPRO, depois de apresentar um extenso rol das diversas espécies de limitações encontradas no Código de Processo Civil da época e de analisar os seus variados fundamentos, propus alguns critérios para harmonizar essas limitações com a necessidade de assegurar a mais ampla

¹² GALVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficácia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Navarra: Thomson/Aranzadi. 2003. P. 71.

¹³ RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità della prova giuridica. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. Ano LIV. 2000.

¹⁴ GRECO, Leonardo. Ob. cit. P. 133.



apuração da verdade, em igualdade de condições com os métodos de investigação dos fatos adotados em todas as áreas de conhecimento.

Se a dignidade e o respeito a direitos fundamentais podem impor limites à investigação da verdade, é preciso reduzir essas restrições ao mínimo, maximizando a veracidade do conhecimento judicial sobre os fatos e, portanto, também a credibilidade das decisões judiciais, pois são graves e irremediáveis os danos à tutela efetiva dos direitos dos cidadãos e à própria sociedade que resultam de uma cognição incompleta ou errônea.

A par de outras limitações impostas para evitar a produção de provas supostamente suspeitas ou para garantir um ordenado desenvolvimento do processo ou a segurança de certos atos processuais, sobressai a proibição das provas ilícitas, para impedir que a investigação dos fatos viole preciosos direitos fundamentais, como a intimidade, a integridade física e a honra, o sigilo da correspondência e das comunicações, a liberdade de exercício profissional e a liberdade religiosa ou, ainda a preservar o interesse público ao sigilo, quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

4. CONCEITO DE PROVA ILÍCITA.

Raros são os países que disciplinam legalmente as provas ilícitas e a sua admissibilidade¹⁵. Entretanto, o seu significado, especialmente nos países da *civil law* sempre¹⁶ esteve vinculado à eficácia de direitos fundamentais constitucionalmente

¹⁵ Luca Passanante observa que na maior parte dos países, seja de *civil law* ou de *common law*, falta uma disciplina positiva da prova ilícita e da sua admissibilidade, apontando como exceções a Espanha, o Brasil e a Austrália. Na Espanha v. Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), art. 11.1 e Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), art. 287; no Brasil v. Constituição Federal, art. 5º, LVI, e Código de Processo Civil, art. 369; na Austrália v. Australian Evidence Act, Sec. 138 (PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli editore. 2017. P. 218).

¹⁶ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè. 1974. P. 568-587: relata com maestria o percurso dos países da Europa Continental anterior à emergência do primado dos direitos fundamentais. Mais do que à privacidade, a jurisprudência italiana do início do século XX associava à noção de proibição da prova ilícita a violação do direito de propriedade, não havendo esse limite à prova de graves crimes. O positivismo dominante impediu que a jurisprudência evoluísse, mesmo na vigência da Constituição democrática. A partir de 1973 começa a surgir na jurisprudência o reconhecimento da ilicitude da prova adquirida com transgressão de um preceito constitucional. Na Alemanha concepções jusnaturalistas apressaram a exaltação de valores humanos, especialmente a partir da Lei Fundamental de Bonn (1949) que proclamou a dignidade humana e o direito à livre formação da personalidade. A lei alemã introduziu em 1950 no Código de Processo Penal a proibição de uso de meios investigatórios violentos ou de maus tratos físicos ou a administração de substâncias ou métodos que reduzissem a capacidade de entendimento ou de vontade da pessoa física, bem como o emprego em juízo da prova daí resultante, como o detetor de mentira, consoante reconhece o *Bundesgerichtshof* (1954), tribunal correspondente ao nosso Superior Tribunal de Justiça. Nessa mesma época esse mesmo tribunal



assegurados ou reconhecidos em diplomas legislativos ou declarações de direitos de hierarquia constitucional ou supralegal, ainda que a ilicitude se encontre na disciplina infraconstitucional de um desses direitos¹⁷. Nos Estados Unidos, onde a sua emergência foi mais intensa, inspirando a doutrina e a jurisprudência dos países da *civil law*, seu impulso deveu-se menos à preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais e mais ao seu efeito dissuasivo, como instrumento de desestímulo ao uso pela polícia judiciária de meios de investigação desumanos ou cruéis¹⁸.

Na noção de prova ilícita predomina o entendimento de que a sua proibição resguarda a eficácia de normas de direito substancial ou material, não de direito processual, desde a clássica distinção de Nuvolone¹⁹ entre provas ilícitas e provas ilegítimas²⁰. No Brasil tem

estendeu a mesma proibição aos particulares (*Drittwirkung* ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais) e consequentemente ao processo civil, entendendo que proibições probatórias podem ser extraídas diretamente da Constituição, mesmo sem previsão legal. A privacidade, como direito da personalidade, ascendeu então ao mesmo grau de importância da propriedade, tornando ilícitas gravações magnéticas clandestinas, o devassamento de anotações sob a forma de diário, a espionagem no domicílio da pessoa. O constitucionalismo posterior à Lei Fundamental e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal passaram a ver nos direitos fundamentais não somente direitos de liberdade em face do Estado, mas princípios reguladores da vida social, coordenados num sistema de valores aplicáveis a todos os campos da vida jurídica.

¹⁷ Observe-se a imprecisão do conceito enunciado no artigo 157 do Código de Processo Penal: Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

¹⁸ MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. Función de la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ en los procesos civil y penal. In ARMENTA DEU, Teresa (coord.). *La convergencia entre proceso civil y penal – una dirección adecuada?* Madrid: ed. Marcial Pons. 2013. P. 197: Nos Estados Unidos a *exclusionary rule* é uma regra profilática criada pela Corte Suprema com finalidade dissuasória de condutas policiais vulneradoras de garantias consagradas em certas emendas constitucionais. Desde 1949 (caso Wolf v. Colorado) não é uma garantia constitucional, nem instrumento para salvaguardar a integridade moral e jurídica dos tribunais, mas um critério prático para desincentivar condutas ilegais por parte da polícia. No mesmo sentido, v. ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Almedina. 1998. P. 171.

¹⁹ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. P. 155.

²⁰ Luca Passanante (Ob. cit. P.104) critica essa distinção pela sua relatividade. Também há normas processuais que protegem direitos fundamentais substanciais. Em minha opinião, na medida em que a violação dessas normas atenta contra o direito fundamental substancial, incide na proibição da prova ilícita. Todavia, o Autor reconhece (p. 105) que há uma tendência moderna de excluir as normas sobre prova (normas sobre a admissibilidade, a relevância, a proposição e produção), entendidas como normas processuais, do rol daquelas cuja violação constitua prova ilícita. A distinção parece relevante porque a violação de normas processuais se resolve preponderantemente pela aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, convalidando-se os defeitos dos atos processuais que não causem prejuízo ou que não sejam alegados na primeira oportunidade, enquanto as violações a direitos fundamentais substanciais geram a ilicitude da prova, cuja inadmissibilidade normalmente exige o confronto com o direito substancial contraposto num juízo de ponderação. Luca Passanante, defendendo com maestria o seu entendimento de que não deve haver restrições à produção e valoração de provas supostamente ilícitas, observa que a ilicitude civil não é tão clara como a ilicitude penal, pois envereda pela responsabilidade contratual e aquiliana, abrangendo a violação de qualquer norma, inclusive princípios não positivados, e condutas sujeitas a sanção (p. 131-147). Nesse sentido, critica também o uso



sido geralmente acolhida essa distinção²¹, embora muitos direitos subjetivos processuais estejam erigidos como garantias a direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como o direito de defesa, o contraditório, a publicidade dos atos processuais, o devido processo legal.

Entre nós também o interesse público, em certos casos, pode determinar a incidência da proibição da prova ilícita, na medida em que a própria Constituição, ao proclamar o direito individual fundamental à informação, no inciso XXXIII do artigo 5º, mandou respeitar o sigilo que seja “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

A ilicitude substancial da prova tanto pode ocorrer antes do processo ou durante o processo, tanto pode dar-se na sua formação material ou na sua obtenção ou apoderamento pela parte, quanto na sua produção mediante a prática de ato do procedimento judicial. Como explica Taruffo²², a prova é ilícita quando formada fora do processo ou produzida em juízo com meios ilegais ou ilegítimos, com métodos penalmente ilícitos ou, seja como for, com atos que comportem uma violação de direitos individuais constitucionalmente protegidos. A ilicitude da prova tanto atinge meio de prova preconstituída para cuja aquisição fora do processo tenha sido violada norma de direito substancial sujeita a sanção, ou meio de prova constituenda em cuja produção no processo seja violada norma de direito substancial sujeita a sanção²³.

A ilicitude tanto pode resultar da violação de direito fundamental de uma das partes, quanto de direito de terceiro. Se o depoimento da testemunha em juízo é colhido mediante coação, essa prova é ilícita pela violação da liberdade de consciência e de vontade, direito fundamental da testemunha.

Incluída entre nós no rol dos direitos fundamentais, a proibição da prova ilícita é não apenas uma garantia da eficácia dos direitos fundamentais por ela protegidos, mas também

indiscriminado de precedentes ou máximas que circulam muitas vezes distanciadas do texto da sentença, e até mesmo veiculando meros *obiter dicta* (p.150), e que já haviam sido objeto da sua crítica contundente em outra obra (PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile – contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli editore. 2018.)

²¹ Em contrário, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. P. 299. Igualmente CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. P. 67.

²² TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In TARUFFO, Michele (a cura di). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè. 2012, p. 76.

²³ PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli editore. 2017. P.155.



uma das garantias do processo justo²⁴. Essa conexão com o direito processual é particularmente ressaltada no processo penal, como uma garantia da presunção de inocência²⁵, como direito a não ser condenado sem prova acusatória válida ou legalmente obtida e regularmente praticada. Mas não é menor no processo civil porque também neste é garantia da lealdade das partes e de que a busca da vitória por cada uma das partes respeitou os direitos fundamentais e a dignidade humana da outra.

5. EXCLUSÕES.

Apesar da clareza do enunciado do inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que declara inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, a doutrina brasileira desde o surgimento dessa norma logo reconheceu que a proibição não pode ser absoluta. Erigida a proibição a direito individual fundamental, sujeita-se como os demais a limitações por outros direitos fundamentais, pois, como proclamou Bobbio, só existem dois direitos desse porte que podem ser considerados absolutos: não ser torturado e não ser escravizado. Todos os demais podem, em princípio, mediante ponderação, ceder uma parte da sua eficácia em favor de algum outro valor humano que seja reconhecido como preponderante.

De qualquer modo, essas limitações devem ser mínimas, não podendo, de nenhum modo, transformar em letra morta a proibição constitucional²⁶. E devem ser limitações fundadas na prevalência de um outro direito material, porque os direitos fundamentais processuais ou garantias processuais servem ao direito material, seja qual for esse direito e a proibição da prova ilícita, não obstante os seus efeitos no processo, não se choca com qualquer garantia processual, nem com o acesso à justiça, nem com o devido processo legal, o contraditório ou a ampla defesa.

Por influência do direito norteamericano, o nosso Código de Processo Penal, a partir de 2008, e parte da doutrina e da jurisprudência brasileira passaram a pretender excluir da proibição constitucional as provas ilícitas por derivação, também chamadas “os frutos da

²⁴ CABIALE, José Antonio Dias. MARTÍN MORALES, Ricardo. Ob. cit. P. 37-47. O Tribunal Constitucional espanhol decidiu que a avaliação de uma prova ilícita já constitui por si mesma uma lesão ao direito a um processo com todas as garantias (STC 81/1998).

²⁵ MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. Ob. cit. P. 201-204.

²⁶ GALVEZ MUÑOZ, Luis. Ob. cit. P. 143-144.



árvore venenosa”, aquelas que não contêm ilicitude na sua aquisição ou na sua produção no processo, mas resultaram de outra prova obtida por meio ilícito.

O Código de Processo Penal acolhe essa exclusão com base na noção de causa independente, como sendo aquela que, não sendo ilícita, poderia ter levado à aquisição da prova, mesmo que ela não tivesse sido obtida por meio ilícito.

Com a devida vênia das opiniões que levaram à consagração dessa exclusão, ela constitui a negação da proibição constitucional. Com efeito, a causa independente simplesmente não existe. Ou a prova foi obtida por meio lícito ou a sua causa é ilícita, porque causa é qualquer elemento essencial à produção do resultado, seja ele um elemento próximo ou remoto. Por isso, a obtenção da prova ilícita não é apenas o apoderamento da prova pela parte ou pelo juiz, mas abrange a sua formação. Se da sua formação participou um elemento essencial ilícito, a prova é ilícita e sua produção no processo é inadmissível.

Martínez Santos observa que na Espanha o artigo 11.1 da *Ley Orgánica del Poder Judicial* proíbe as provas obtidas *direta ou indiretamente* com a violação de direitos ou liberdades fundamentais, o que significa a ineficácia processual das fontes de provas resultantes de maneira imediata da vulneração do direito fundamental, mas também de todas as outras possíveis fontes localizadas ou obtidas a partir da primeira, que também seriam antijurídicas por conexão, versão maximalista da doutrina dos frutos da árvore envenenada²⁷.

No mesmo sentido, Marina Gascón Abellán acentua²⁸ que as exceções à proibição da prova ilícita se fundamentam num processo de norteamericanização dessa proibição em direção ao sistema da liberdade de prova, com o debilitamento da garantia dos direitos que ela protege.

Sem dúvida essa intolerável exclusão nada mais é do que um artifício para legitimar, estimular e perpetuar a utilização de meios ilícitos de obtenção de provas, especialmente na esfera criminal. Portanto, inconstitucionais me parecem nessa parte os §§ 1º e 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 11.690/2008.

Marina Gascón²⁹ também explica que a jurisprudência espanhola tem se deparado não apenas com o achado independente, mas também com o achado inevitável e com a

²⁷ MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. Ob. cit. P. 193.

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Ob. cit. P. 56.

²⁹ Ob. cit. P. 69-85.



exceção de boa-fé. O achado inevitável é aquele que justificaria a prova que de qualquer modo seria obtida, num juízo não de mera probabilidade, mas de certeza da sua obtenção por fonte independente. E a exceção de boa-fé se aplicaria quando a ação policial se revestia de razoável aparência de ser lícita. A meu ver, nenhuma dessas duas situações justifica a exclusão da proibição. O achado inevitável esclarece apenas que a violação do direito fundamental poderia não ter ocorrido, mas o fato é que ela ocorreu. E a exceção de boa-fé tenta criar uma espécie de responsabilidade subjetiva na proibição da prova ilícita. A proibição constitucional coíbe a violação do direito fundamental, independentemente da sua evitabilidade ou da culpa do transgressor. Pensar de modo diferente, é reduzir o preceito constitucional a pó.

Eduardo Cambi explica³⁰ que não há ilicitude quando a parte pede autorização judicial para produzir a prova, sendo recomendável, nesse caso, que o magistrado delimite a diligência, descrevendo o objeto a ser investigado e em que condições isso deve ocorrer, devendo, sempre que possível, observar, previamente, as garantias constitucionais do processo. E Nelson Nery Junior sustenta³¹ que a prova judicialmente autorizada pelo juiz criminal pode ser utilizada no juízo cível, porque não foi obtida ilicitamente. Divirjo do ilustre jurista. A prova ilícita somente é lícita nos limites da autorização judicial. Para todos os demais fins continua ilícita.

Ressalte-se que nas interceptações telefônicas judicialmente autorizadas, a prova de outros fatos, não dos fatos sobre os quais foi autorizada a escuta, é considerada prova ilícita³². Por isso, é importante que o fato probando seja precisamente estabelecido pela autorização.

6. PONDERAÇÃO.

À proibição da prova ilícita também deve sobrepor-se a tutela de algum direito fundamental mais relevante do ponto de vista humano num juízo de ponderação e aplicação do princípio da proporcionalidade, que deve anteceder, se possível, a admissão, a produção

³⁰ CAMBI, Eduardo. Ob. cit. P. 73-74.

³¹ NERY JUNIOR, Nelson. Ob. cit. P.159.

³² ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2009. P. 102-103.



e, em qualquer caso, a sua valoração no processo em que uma das partes busca a tutela desse outro direito.

A ponderação não se aplica aos direitos absolutos, que são poucos, como o de não ser torturado, assim como poderá resultar no repúdio à prova ilícita se o direito contraposto não for mais relevante. A ponderação não é com o direito à prova, o direito à busca da verdade ou o direito de defesa da parte a que se opõe a proibição ou, no processo penal, o direito-dever do Estado de punir um criminoso, por mais grave que seja o crime que lhe é imputado. Estes são direitos de natureza processual que devem ser observados à luz das provas que lícitamente possam ser produzidas. Tampouco pode legitimar o desrespeito à proibição eventual abuso de direito processual pela parte a quem a proibição aproveita, pela sua recusa de colaboração ou violação dos deveres de lealdade e veracidade³³. Um erro não justifica o outro.

A doutrina e a jurisprudência majoritária sustentam que essa ponderação ou comparação entre os interesses em conflito se faz em face das circunstâncias do caso concreto, porque não é possível estabelecer em abstrato uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Mas a ponderação em concreto é casuística, tornando-se frequentemente arbitrária e, portanto, em larga medida, imprevisível, o que é gravemente prejudicial à segurança jurídica.

Parece-me que em certos limites a ponderação em abstrato é perfeitamente possível e deve ser preferida, porque me parece notório que existem direitos fundamentais mais relevantes do que outros, como a vida e a integridade física ou psicológica em relação à propriedade ou a honra, por exemplo. A falta de uma legislação mais rica sobre o conteúdo e as limitações aos direitos fundamentais, em especial os direitos da personalidade, dificulta a ponderação em abstrato, impondo, na quase totalidade dos casos, uma ponderação em concreto.

Entretanto, na ponderação em concreto o juiz da causa pode sofrer a influência de circunstâncias do caso em julgamento inteiramente alheias à comparação entre os direitos em jogo. Essa influência pode ser mais intensa se a prova proibida já foi produzida e o juízo de ponderação deva ser feito no momento da sua valoração em conjunto com as demais

³³ V. ALEXANDRE, Isabel. Ob. cit. P. 117.



provas, isso sem falar nas pressões sociais e midiáticas que podem incidir durante o julgamento.

O § 5º do artigo 157 do Código de Processo Penal introduzido pela Lei de 2008³⁴ se preocupou em remediar o risco de contaminação do juiz pela prova ilícita julgada inadmissível, mas não dá qualquer solução para o risco da contaminação pelas demais provas e circunstâncias do caso concreto no juízo de ponderação sobre a admissibilidade da prova questionada.

Uma futura disciplina legal da proibição da prova ilícita deveria cuidar desse problema, parecendo-me altamente conveniente a criação de um juiz de garantias, órgão de primeiro grau ou órgão fracionário colegiado do tribunal de segundo grau com competência funcional para decidir a admissão de provas em poder de terceiros que possam ser reputadas ilícitas. Assim seria possível assegurar uma certa uniformidade na ponderação em concreto, diminuindo o arbítrio. Se a prova já foi obtida e produzida pela parte ou se uma das partes requer a produção de prova em qualquer outro caso, esteja ela ou não em poder da outra, parece-me que deve continuar cabendo ao juiz da causa efetuar o juízo de ponderação, resguardando-se na fundamentação dessa e de quaisquer outras futuras decisões do risco de contaminação, pela estrita comparação da relevância dos direitos ou interesses em conflito.

A ponderação que pode validar a admissão de prova ilícita também pode efetuar-se em face do interesse público e não de um direito fundamental. Não é qualquer interesse público que enseja a exclusão da proibição da prova ilícita porque o Estado de Direito Contemporâneo não se fundamenta como o Estado-Providência na absoluta supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Ao contrário, se fundamenta na supremacia dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Em alguns casos, a própria Constituição menciona qual é o interesse público que limita um direito fundamental, como ocorre no inciso XXXIII do artigo 5º, que ao consagrar o direito de acesso a informações de órgãos públicos, ressalva “aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. A matéria está regulada com amplitude que não pode exceder esses limites constitucionais na Lei n. 12.527/2011.

³⁴ O dispositivo citado se encontra nesta data com a eficácia suspensa por decisão do Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6298, 6299, 6300 e 6305.



Outras vezes, a lei que regulamenta preceito constitucional estabelece esse limite, como se observa na lei que regulamenta o inciso XII do artigo 5º, sobre as interceptações telefônicas (Lei n. 9.296/96), que em seus artigos 2º e 8º limita essas invasões da privacidade à apuração de crimes sujeitos a penas de reclusão ou a crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 anos.

A própria regulamentação legal do interesse público deve submeter-se a um juízo de razoabilidade, para não pôr em risco a supremacia dos direitos fundamentais. Em princípio, deve tratar-se de interesse público precisamente determinado que constitua pressuposto necessário de eficácia de direito fundamental tão valioso ou mais valioso do que o direito fundamental preservado pela proibição da prova ilícita.

Assim, a meu ver, para efeito de aplicação da ressalva constante do inciso XXXIII do artigo 5º, são informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado apenas:

I – aquelas cuja revelação possa causar grave risco à defesa da integridade do território ou à soberania nacionais;

II – as que ponham em risco as relações internacionais do País e as que tenham sido fornecidas ao Governo brasileiro em caráter sigiloso por outros Estados soberanos e organismos internacionais;

III – as que possam prejudicar ou causar grave risco a operações estratégicas das Forças Armadas em tempo de guerra³⁵.

A regulamentação legal que porventura pretender sobrepor qualquer interesse público mais amplo à proibição da prova ilícita, deverá submeter-se a um juízo de ponderação que identifique com precisão o direito fundamental mais relevante para cuja eficácia a preservação desse interesse público é fundamental e que será lesado ou ameaçado pela proibição da prova ilícita.

7. DIREITOS PROTEGIDOS PELA PROIBIÇÃO.

A proteção da privacidade, que adquiriu força na teoria dos direitos fundamentais a partir da segunda metade do século XX, foi a grande mobilizadora da construção doutrinária

³⁵ Enumeração extraída do anteprojeto de reforma do direito probatório elaborado pelo grupo de pesquisa por mim coordenado na Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicado nos ns. 240 a 243 da *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.



e jurisprudencial da proibição das provas ilícitas. Instrumentos internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, delinearam a multiplicidade de direitos contidos na privacidade, abrangendo a intimidade, a família, o domicílio, a correspondência, a honra, e mais recentemente as comunicações eletrônicas e a proteção de dados pessoais.

O Tribunal Constitucional alemão, em certo momento, procurou lançar luz sobre todo esse conjunto de direitos, tentando definir níveis de proteção que pudessem assegurar ao indivíduo uma primeira restrita esfera impenetrável ao acesso pelo Estado ou por terceiros, uma segunda composta de relações sociais que merecem ser preservadas, mas que se sujeitam à ponderação, e uma terceira mais ampla, de livre acesso por qualquer interessado.

Apesar de que esse mesmo tribunal nem sempre tenha respeitado essa classificação, Claus Roxin considera que ela continua útil³⁶. Aliás, parece-me que essa gradação também deva ser observada a respeito de outros direitos ou interesses protegidos pela proibição das provas ilícitas.

O diário, os registros pessoais, o direito de estar só, o direito ao conhecimento do próprio corpo, a liberdade de expressão, a liberdade de manifestar ou não a sua vontade, a inviolabilidade da integridade física e psíquica, a produção intelectual individual integram esse círculo mais restrito de privacidade. À falta de uma lei sobre privacidade, vemos com muita frequência notícias de diligências policiais com a apreensão de computadores e telefones celulares, devassando não apenas as comunicações do indivíduo com terceiros, mas muitos registros pessoais, que deveriam ficar incólumes a essas investigações. Exames de sangue, exames de DNA e outros exames de saúde, salvo se realizados para o registro de relações com terceiros, também se incluem no primeiro grau de privacidade.

Conversas privadas, comunicações telefônicas, mensagens transmitidas pela internet, sigilo bancário, sigilo fiscal, sigilo industrial, são esferas de relações de um sujeito com outro, parecendo-me compor o segundo grau de privacidade, que podem ser desvendados em juízo de ponderação.

³⁶ ROXIN, Claus. Ob. e loc. citis.



Quanto ao sigilo profissional relativo ao conhecimento da vida privada por profissionais ou instituições, como médicos, advogados, sem prejuízo de regras específicas do estatuto de cada profissão, assim como o sigilo religioso, parece-me que em princípio se incluem na esfera mais restrita de privacidade, salvo se relativos a informações que afetem a segurança ou a saúde de terceiros, caso em que entram no segundo grau, podendo, ainda, por previsão legal, constituir matéria de notificação compulsória³⁷.

Quanto ao tratamento de dados pessoais, não obstante o artigo 2º da Lei n. 13.709/2018 preveja que a sua disciplina respeite a privacidade, a inviolabilidade da honra, da intimidade, da imagem, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais, por outro lado o artigo 7º, inciso VI, admite a sua utilização para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, subordinada a um juízo positivo de que é indispensável para o referido exercício regular de direitos (art. 11, inciso II, letra d). Foge assim do critério dos graus de privacidade.

Além de todos esses direitos que dizem respeito à privacidade, se encontram outros direitos da personalidade, esfera mal definida entre nós, que poderia entender-se como o conjunto de direitos essenciais à dignidade humana, como a imagem, a honra, o direito de disposição do próprio corpo, o direito a não se submeter contra a sua vontade a tratamento médico, salvo em iminente risco de vida e o direito ao nome. Todos merecem a proteção da proibição das provas ilícitas, sujeita pelo seu caráter relacional a exclusão em juízo de ponderação.

Por fim, impõe-se considerar o interesse público que se oponha à proibição da prova ilícita, a respeito do qual valem as considerações feitas quando o tratamos como fundamento da proibição. O inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição já sinaliza que qualquer interesse público que pretenda sobrepujar direito individual há de ser um interesse público qualificado, essencial “à segurança da sociedade e do Estado”. Em face da transparência de que deve revestir-se toda a atividade estatal, somente nos casos extremos em que esteja em risco o cumprimento pelo Estado da sua função essencial de guardião dos direitos fundamentais é que o interesse público pode sobrepujar a efetividade do direito fundamental protegido pela

³⁷ V., por exemplo, os artigos 7º a 13 da Lei n. 6.259/75.



proibição da prova ilícita. Por isso, não pode o Estado refugiar-se no segredo de Estado ou no caráter sigiloso atribuído a certas informações ou documentos públicos para recusar-se a prestar ao Judiciário todas os elementos de convicção para, em juízo de ponderação, verificar se efetivamente concorrem motivos que justifiquem a exclusão da proibição da prova ilícita. É o que claramente decorre do artigo 37, § 3º, inciso II, da Constituição e do artigo 21 da Lei n. 12.527/2011, segundo o qual “não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.”

Nem mesmo nas hipóteses de mais relevante interesse público em que se fundamente a exclusão da proibição da prova ilícita³⁸, o seu conteúdo e as informações e documentos em que se baseia podem ser sonegados à apreciação judicial, sob pena de violação do contraditório, da ampla defesa e da obrigatoriedade de fundamentação consistente das decisões judiciais, devendo submeter-se ao juízo de ponderação que o repute mais valioso do que o direito que sustenta a proibição.

8. REGIME PROCESSUAL.

No procedimento a que se sujeita a utilização da prova ilícita no processo judicial cabe considerar algumas particularidades. Se a prova ainda não se formou ou ainda não entrou na esfera de disponibilidade da parte que pretende apresentá-la, a sua formação ou a sua apresentação, mediante exibição ou juntada aos autos, deverá ser requerida ao juiz da causa, que ouvirá em contraditório a parte contrária, cabendo a esta impugnar a formação ou apresentação da prova por ser ilícita.

Em alguns diplomas legais encontram-se menções expressas à possibilidade de produção de informações reservadas, mediante o consentimento expresso do titular do direito a que se refere a informação, que poderá ser uma das partes no processo ou terceiro. É o que ocorre, por exemplo, com o artigo 31, § 1º, inciso II, da Lei n. 12.527/2011, a respeito do acesso a informações relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

³⁸ Grave risco à defesa da integridade do território ou à soberania nacionais; risco às relações internacionais do País e ao sigilo de informações que tenham sido fornecidas ao Governo brasileiro nesse caráter por outros Estados soberanos e organismos internacionais; possibilidade de prejuízo ou grave risco a operações estratégicas das Forças Armadas em tempo de guerra, consoante o anteprojeto referido na nota 33.



Danilo Doneda leciona que o consentimento, nesses casos, deve ser interpretado restritivamente, não bastando um consentimento genérico³⁹. Impende esclarecer se o consentimento expresso pode ser suprido pelo silêncio do titular do direito que se omite de responder no prazo que lhe for conferido pelo juiz à intimação para pronunciar-se sobre o requerimento de produção da prova. A meu ver a expressão “consentimento expresso” se refere à declaração extrajudicial que o requerente pode apresentar desde logo ou posteriormente, de que conste a concordância com a utilização judicial da prova relativamente a determinado fato. Se a formação ou aquisição da prova é requerida em juízo, este deve mandar intimar a parte ou o terceiro interessado, constando expressamente da intimação que esta se destina a que o destinatário se manifeste se concorda ou não com a revelação da prova. Parece-me razoável admitir que, se o destinatário não impugna a revelação da prova requerida em juízo, deve presumir-se a sua concordância, o que não o impede de posteriormente, demonstrando motivo justificável da sua omissão, vir a impugnar a prova, requerendo a sua não produção, o seu desentranhamento ou a sua não apreciação por ocasião da decisão da causa. Com o consentimento explícito ou presumido, não será necessária a ponderação pelo juiz da admissibilidade da prova.

Parece-me que o consentimento do titular do direito violado não será suficiente se a prova implicar em sacrifício de direito indisponível. Neste caso, o juiz submeterá o pedido de ofício ao juízo de ponderação. Se a prova visar a realização de exames e diligências que ponham em perigo a vida, a integridade física ou psíquica ou a saúde ou, de acordo com a ciência médica, puder provocar sofrimento intenso, bem como se afetar a liberdade de autodeterminação ou a capacidade da pessoa de rememorar e avaliar fatos, o juiz de ofício tomará conhecimento dessas circunstâncias e normalmente indeferirá a prova, independentemente de ponderação.

Análogo será o procedimento se a prova já estiver em poder da parte interessada que a tiver juntado ao processo ou se o juiz somente perceber a ilicitude da prova por ocasião do julgamento final da causa. Não bastará a simples intimação da parte contrária para falar sobre a juntada ou sobre a apreciação da prova. Deverá ela, e também deverá o terceiro eventual titular do direito violado, ser intimado concretamente para manifestar ou não a sua

³⁹ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. P. 383.



concordância com a produção da prova para demonstração de determinado fato e a sua avaliação, daí resultando, conforme o caso, a necessidade do juízo de ponderação para admissão ou valoração da prova.

A qualquer momento que venha a ser reconhecida a impossibilidade de utilização da prova ilícita, deverá ela ser declarada inadmissível e nulos todos os atos processuais porventura dela decorrentes, devendo ela ser desentranhada dos autos para que não produza no processo qualquer efeito.

O Código de Processo Penal prevê, nesse caso, duas consequências: a inutilização da prova e a proibição de que o juiz, que conheceu do conteúdo da prova julgada inadmissível, profira sentença ou acórdão. Parece-me que a inutilização somente deve ocorrer em último caso, se não for conhecida qualquer pessoa que tenha direito a ter a prova em seu poder porque a prova pode ser ilícita para uns e não para outros e, mesmo a prova ilícita para todos, como a resultante de tortura, depois de produzida, pode incluir-se nos dados sobre a vida privada de interesse específico da pessoa torturada. O mesmo ocorre com exames de saúde feitos com sofrimento intenso.

A proibição de que o juiz que declarou a prova inadmissível profira sentença ou acórdão, a meu ver, não tem cabimento, não devendo ser transposta para o processo civil. Sua origem é o processo criminal de países da *common law* que tradicionalmente alimentavam a ideia de que os jurados leigos deveriam participar das sessões dos julgamentos sem trazer nenhum conhecimento anterior a respeito dos fatos sobre os quais deveriam formar convicção exclusivamente a partir da cognição adquirida naquelas sessões. Essa noção é reforçada pela característica do júri, universalmente aceita, que é a ausência de fundamentação das suas decisões.

Essa ideia não tem qualquer consistência em julgamentos de juízes profissionais, como os nossos, que devem saber discernir a cognição inválida da cognição válida, a única apta a formar a sua convicção e a fundamentar as suas decisões.

Recente estudo⁴⁰ cogitou de uma hipótese de litisconsórcio em que a prova seria ilícita para um litisconsorte e não para outro. Num caso como esse não me parece possível

⁴⁰ SILVA, Paula Costa e. REIS, Nuno Trigo dos. Efeitos lícitos da prova ilícita em processo: seja este estadual ou arbitral porque a natureza da jurisdição não muda o ponto de referência do ilícito. In *Revista de Processo* ns. 301 e 302. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. 2020.



que o juízo no mesmo processo aprecie a prova para um dos litisconsortes e não para o outro, em razão do princípio da comunhão da prova. Se o litisconsórcio é facultativo seria o caso de separação dos processos, como previsto no artigo 66 do CPC. Se o litisconsórcio é necessário, deverá o juízo decidir se, em face da ponderação, a prova deve ser admitida ou não. Se o for, valerá para todos. Se não o for, será desentranhada, nada podendo reclamar o litisconsorte para o qual a prova não era ilícita porque, como qualquer cidadão, tem de respeitar os direitos fundamentais não só do seu adversário, mas de qualquer outro cidadão.

Por fim, apesar de a doutrina geralmente sustentar que a ponderação implica em dar eficácia ao direito ou interesse preponderante e a negá-la ao direito ou interesse subordinado, parece-me que, ao impor o sacrifício deste último, deve ter o juiz a possibilidade de reduzi-lo ao mínimo necessário à satisfação do primeiro, impondo o segredo de justiça ao processo em que informações sigilosas tenham sido reveladas, preservando ao máximo a eficácia do direito fundamental ou interesse subordinado. Afinal, a utilização da prova ilícita não a torna lícita, não podendo servir a qualquer outro fim. O artigo 189 do Código de Processo Civil faculta a limitação à publicidade dos atos processuais nas causas de direito de família, assim como naquelas em que constem dados protegidos pelo direito à intimidade, bem como naquelas em que o sigilo seja recomendado pelo interesse público ou social.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Aqui termino os meus comentários, que são apenas uma sucinta e introdutória reflexão sobre um tema muito mais complexo, que é o tema da proibição das provas ilícitas no processo civil. São incontáveis as hipóteses que podem ser formuladas e que, aos poucos deverão ser examinadas, como, por exemplo se ocorrer a judicialização do problema do risco à vida e à saúde dos testes de vacinas, tão presentes nos noticiários recentes, ou das incontáveis situações de cláusulas contratuais de confidencialidade, tão comuns no meio empresarial. Espero que esses e outros problemas possam ser examinados à luz das diretrizes aqui sugeridas. Se não for possível, impor-se-á voltar ao ponto de partida e rediscutir novamente toda a matéria da sistemática processual das provas ilícitas. Aí reside a beleza do tema: um constante desafio e um estímulo aos jovens estudiosos que certamente terão oportunidade de dar a sua contribuição à construção do edifício da ciência processual.



REFERÊNCIAS:

- ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Almedina. 1998.
- CABIALE, José Antonio Dias. MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas. 2001.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. 7ª ed. Roma-Bari: Laterza. 2002.
- FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons. 2021.
- GALVEZ MUÑOZ, Luis. *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*. Navarra: Thomson/Aranzadi. 2003.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. Freedom of proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita. In Jordi Ferrer Beltran e outros, *Estudios sobre la prueba*, ed. UNAM, Mexico, 2006.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil. Processo de Conhecimento*. Volume II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- MARTÍNEZ SANTOS, Antonio. Función de la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ en los procesos civil y penal. In ARMENTA DEU, Teresa (coord.). *La convergencia entre proceso civil y penal – una dirección adecuada?* Madrid: ed. Marcial Pons. 2013.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.



- PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile – contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli editore. 2018.
- PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli editore. 2017.
- PASSANANTE, Luca. *La prova illecita nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli editore. 2017.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Harvard University Press. 1971
- RICCI, Gian Franco. Nuovi rilievi sul problema della ‘specificità della prova giuridica. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. Ano LIV. 2000.
- ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. 2009.
- SILVA, Paula Costa e. REIS, Nuno Trigo dos. Efeitos lícitos da prova ilícita em processo: seja este estadual ou arbitral porque a natureza da jurisdição não muda o ponto de referência do ilícito. In *Revista de Processo* ns. 301 e 302. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais. 2020.
- TARUFFO, Michele (a cura di). *La prova nel processo civile*. Milano: Giuffrè. 2012.
- TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: *Sui confini: scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta. 2009.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè. 1974.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè. 1974.